

Sarah Ponti

Das horizontale Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten



Mannheimer Schriften zum Unternehmensrecht

Herausgegeben vom Institut für Unternehmensrecht
der Universität Mannheim (IURUM)

Band 62

Sarah Ponti

Das horizontale Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten



Nomos

Gefördert mit Mitteln aus der FAZIT-Stiftung.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0260-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-3783-8 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Arbeit wurde im Dezember 2022 von der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Friedemann Kainer, der mir viel Freiraum gegeben und mich in all der Zeit auch über die Promotion hinaus unermüdlich unterstützt, motiviert und gefördert hat. Prof. Dr. Straßburger danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens, Prof. Dr. Lea Tochtermann für den Prüfungsvorsitz und Elke Diers für die freundliche und unkomplizierte administrative Betreuung. Dem Institut für Unternehmensrecht der Universität Mannheim (IURUM) danke ich sehr für die Aufnahme der Arbeit in die Mannheimer Schriften zum Unternehmensrecht.

Die Dissertation ist zum Teil während meiner Zeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Arbeitsrecht in Mannheim entstanden. Über viele Jahre waren mir meine Kolleg*innen und die Mitarbeiter*innen mit ihrem Teamgeist, ihrer Motivation, Hilfsbereitschaft, Humor und Freundschaft eine enorme Stütze, die auch nach dem Ende meiner Tätigkeit am Lehrstuhl fortbestanden hat und für die ich sehr dankbar bin. Für die Finanzierung meiner Stelle bedanke ich mich bei dem Mannheim Centre for Competition and Innovation (MaCCI).

Bei meinen Eltern, meiner Familie, meiner Wahlfamilie und meinen Freund*innen möchte ich mich dafür bedanken, dass sie mich immer unterstützt und nie den Glauben an die Fertigstellung der Arbeit verloren haben. Besonderer Dank gilt Alexander Grønlund für seine unerschütterliche Freundschaft und unseren Mitbewohner*innen im Collegium Iuris in Kopenhagen, die mich über viele Monate wie Familie aufgenommen haben. Ein besonders großes Dankeschön geht außerdem an Laura Wittmann für ihr kritisches und konstruktives Feedback, moralische Unterstützung, viel Humor und einen Zufluchtsort in Münster.

Vorwort

Samira Kiperwasser hat mich von Anfang bis Ende durch alle Höhen und Tiefen der Promotion begleitet. Ihre Freundschaft und Unterstützung tragen den größten Anteil daran, dass diese Arbeit gelingen konnte. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Mannheim, im Mai 2023

Sarah Ponti

Inhaltsübersicht

Kapitel 1 Einführung	17
Kapitel 2 Grundlagen der Untersuchung	21
§ 1 Terminologie	21
§ 2 Ursachen horizontaler Diskriminierungen im Binnenmarkt	30
§ 3 Binnenmarktrechtliche Anknüpfungspunkte	33
§ 4 Gegenstand der Untersuchung	42
Kapitel 3 Betroffenheit der Grundfreiheiten	45
§ 5 Rechtsprechung im Überblick	46
§ 6 Literatur im Überblick	54
§ 7 Fallkonstellationen	59
Kapitel 4 Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf horizontale Diskriminierungen	65
§ 8 Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten	65
§ 9 Anwendungsbereiche der Grundfreiheiten	82
Kapitel 5 Beschränkung der Grundfreiheiten durch horizontale Diskriminierungen	87
§ 10 Beschränkungstatbestand	88
§ 11 Auslegung als horizontale Diskriminierungsverbote	93
§ 12 Verbotsadressaten	187
§ 13 Horizontale Vergleichbarkeit	190
Kapitel 6 Rechtfertigung horizontaler Diskriminierungen	239
§ 14 Gleichgewicht und Gegenseitigkeit völkerrechtlicher Abkommen	242
§ 15 Integrationsfördernde Zielsetzung	259
§ 16 Spezifisch steuerrechtliche Rechtfertigungsgründe	265
Kapitel 7 Zusammenfassung	271
Literaturverzeichnis	277

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 Einführung	17
Kapitel 2 Grundlagen der Untersuchung	21
§ 1 Terminologie	21
A. Horizontale Diskriminierung und horizontales Diskriminierungsverbot	22
B. Abgrenzung zur völkerrechtlichen Meistbegünstigung	24
I. Völkerrechtliche Meistbegünstigung	25
II. Abgrenzung des binnenmarktrechtlichen horizontalen Diskriminierungsverbots zur völkerrechtlichen Meistbegünstigung	28
§ 2 Ursachen horizontaler Diskriminierungen im Binnenmarkt	30
§ 3 Binnenmarktrechtliche Anknüpfungspunkte	33
A. Keine ausdrückliche primärrechtliche Regelung	33
B. Unanwendbarkeit der WTO-Meistbegünstigungsklauseln	35
I. WTO-Meistbegünstigungsklauseln	36
II. Erfüllung der Ausnahmetatbestände	37
C. Keine Rechtsgrundlage im Binnenmarktgebot des Art. 26 AEUV	38
D. Keine Rechtsgrundlage im Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit des Art. 4 Abs. 3 EUV	39
E. Lösungsansatz: Grundfreiheiten als Rechtgrundlage für ein horizontales Diskriminierungsverbot im Binnenmarktrecht	40

§ 4	Gegenstand der Untersuchung	42
	Kapitel 3 Betroffenheit der Grundfreiheiten	45
§ 5	Rechtsprechung im Überblick	46
	A. Horizontal diskriminierende Doppelbesteuerungsabkommen	47
	B. Horizontale Diskriminierung aufgrund innerstaatlichen Rechts	49
§ 6	Literatur im Überblick	54
§ 7	Fallkonstellationen	59
	A. Marktzugangs- und Marktausgangskonstellationen	60
	B. Unilaterale und bilaterale Konstellationen	61
	C. Interne und externe Konstellationen	62
	Kapitel 4 Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf horizontale Diskriminierungen	65
§ 8	Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten	65
	A. Vorrang der Grundfreiheiten vor autonom gesetztem Recht der Mitgliedstaaten	67
	B. Vorrang der Grundfreiheiten vor völkerrechtlichen Abkommen der Mitgliedstaaten	69
	I. Abkommen zwischen Mitgliedstaaten (interne Abkommen)	70
	II. Abkommen mit Drittstaaten (externe Abkommen)	71
	1. Altverträge mit Drittstaaten: Keine Bindung an die Grundfreiheiten, Art. 351 Abs. 1 AEUV	72
	2. Neuverträge mit Drittstaaten: Bindung an die Grundfreiheiten	73
	III. Ausnahme für Doppelbesteuerungsabkommen?	74
	1. Rechtsprechungsüberblick zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Doppelbesteuerungsabkommen	75
	(a) Grundsatz: Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Doppelbesteuerungsabkommen	76

(b) Ausnahme bei horizontalen Diskriminierungen?	77
(c) Bestätigung der Anwendbarkeit für horizontal diskriminierende Doppelbesteuerungsabkommen	79
2. Diskussion	80
§ 9 Anwendungsbereiche der Grundfreiheiten	82
A. Grenzüberschreitender Wirtschaftssachverhalt als Grundvoraussetzung	82
B. Die Anwendungsbereiche im Einzelnen	84
Kapitel 5 Beschränkung der Grundfreiheiten durch horizontale Diskriminierungen	87
§ 10 Beschränkungstatbestand	88
A. Gleichheits- und freiheitsrechtliche Konzeption	88
B. Anwendungsbereich eines horizontalen Diskriminierungsverbots	92
§ 11 Auslegung als horizontale Diskriminierungsverbote	93
A. Wortlautauslegung	95
I. Arbeitnehmerfreizügigkeit	96
II. Warenverkehrsfreiheit	99
III. Kapital- und der Zahlungsverkehrsfreiheit	100
IV. Niederlassungsfreiheit	101
V. Dienstleistungsfreiheit	104
VI. Zusammenfassung	105
B. Systematische Auslegung	107
I. Rückschlüsse aus dem System der primärrechtlichen Diskriminierungsverbote	107
1. Grundfreiheiten als spezielle Diskriminierungsverbote	108
2. Keine reinen Protektionsverbote	111
3. Der allgemeine Gleichheitssatz als Auslegungsmaßstab	114

4. Art. 18 Abs. 1 AEUV als Mindeststandard und Auslegungsmaßstab	116
(a) Auslegung von Art. 18 Abs. 1 AEUV	116
(b) Bedeutung für die Auslegung der Grundfreiheiten	118
5. Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen	120
6. Zwischenergebnis	122
II. Primärrechtliche Regelungen zu horizontalen Diskriminierungen	123
1. Das horizontale Diskriminierungsverbot im Dienstleistungssektor, Art. 61 AEUV	123
2. Die Ausnahme für Steuervorschriften in Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV	125
III. Möglichkeiten der differenzierten Integration	128
1. Die Benelux-Kooperation (Art. 350 AEUV)	129
2. Verstärkte Zusammenarbeit (Art. 20 EUV, 346 ff. AEUV)	131
3. Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Der Schengenraum	135
4. Schutzklauseln und Übergangsregeln am Beispiel von Art. 226 Abs. 1 EWGV – die Rechtssache <i>Italien/Kommission</i>	137
5. Diskussion und Zwischenergebnis	139
IV. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, Art. 4 Abs. 3 EUV	141
V. Ergebnis zur systematischen Auslegung	143
C. Teleologische Auslegung	143
I. Analyse der grundfreiheitlichen Normzwecke	145
1. Grundlagen des Binnenmarkts	145
(a) Das europäische Integrationskonzept: Friedenssicherung durch Marktintegration	145
(b) Ökonomische Grundannahmen und Funktionsbedingungen des Binnenmarkts	147
(c) Die Wirtschaftsverfassung der EU: eine offene, wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft	148

(d) Primärrechtliche Umsetzung des Binnenmarktziels: Spannungsfeld zwischen Integration, Föderalität und der Verfolgung von Allgemeinwohlzielen	149
(aa) Die Errichtung eines Binnenmarkts als Leitziel der EU	149
(bb) Föderative Grundstruktur und Kompetenzordnung der EU als Grenzen des Binnenmarkts	151
(cc) Verfolgung von Allgemeinwohlzielen	153
2. Konkretisierung der grundfreiheitlichen Normzwecke	154
3. Folgerungen aus den Normzwecken für die Reichweite der Grundfreiheiten	156
II. Beschränkende Wirkung horizontaler Diskriminierungen	160
1. Horizontale Marktzugangskonstellationen	160
(a) Sopora	161
(b) Schumacker	165
(c) Humbel	166
(d) Matteucci	167
(e) D	168
(f) Test Claimants	170
(g) Achmea	170
2. Horizontale Marktausgangskonstellationen	172
(a) Cadbury Schweppes	173
(b) Columbus Container Services	174
(c) Orange European Smallcap Fund	176
(d) Kommission/Niederlande	177
(e) Riskin und Timmermans	179
(f) Metallgesellschaft und Hoechst	180
3. Diskussion und Ergebnis	181
III. Friedens- und gesellschaftsstiftende Wirkung eines horizontalen Diskriminierungsverbots	183
IV. Ergebnis zur teleologischen Auslegung	184
D. Ergebnis der Auslegung	185

§ 12 Verbotsadressaten	187
§ 13 Horizontale Vergleichbarkeit	190
A. Die Vergleichbarkeitsprüfung in der Rechtsprechung	191
I. Schumacker	193
1. Sachverhalt	194
2. Vertikale Vergleichbarkeit (Marktzugangskonstellation)	194
II. Saint-Gobain	197
1. Sachverhalt	198
2. Vertikale Vergleichbarkeit (Marktzugangskonstellation)	198
III. D	201
1. Sachverhalt	202
2. Vertikale Vergleichbarkeit (Marktzugangskonstellation)	202
3. Horizontale Vergleichbarkeit (Marktzugangskonstellation)	203
IV. Test Claimants	205
1. Sachverhalt	205
2. Vertikale Vergleichbarkeit (Marktzugangskonstellation)	206
3. Horizontale Vergleichbarkeit (Marktzugangskonstellation)	207
V. Cadbury Schweppes	209
1. Sachverhalt	209
2. Vertikale und horizontale Vergleichbarkeit (Marktausgangskonstellation)	209
VI. Columbus Container Services	212
1. Sachverhalt	212
2. Vertikale Vergleichbarkeit (Marktausgangskonstellation)	212
3. Horizontale Vergleichbarkeit (Marktausgangskonstellation)	213
VII. Orange European Smallcap Fund	213
1. Sachverhalt	214
2. Vertikale Vergleichbarkeitsprüfung (Marktausgangskonstellation)	214

3. Horizontale Vergleichbarkeitsprüfung (Marktausgangskonstellation)	215
VIII. Kommission/Niederlande	216
1. Sachverhalt	216
2. Vertikale und horizontale Ungleichbehandlung (Marktzugangs- und Marktausgangskonstellation)	217
IX. Sopora	218
1. Sachverhalt	218
2. Horizontale Vergleichbarkeit (Marktzugangskonstellation)	218
X. Riskin und Timmermans	219
1. Sachverhalt	219
2. Horizontale Vergleichbarkeit (Marktausgangskonstellation)	220
XI. Zusammenfassung	221
B. Normzweckorientierte Vergleichbarkeitsprüfung	223
I. Vergleichbarkeitsprüfung als notwendiges Element des Diskriminierungstatbestands	223
II. Normzweckorientierte Bestimmung der Vergleichskriterien	224
1. Verbotene Differenzierungskriterien	225
2. Wettbewerber als Vergleichsgruppe	226
3. Eine Rechtsordnung als Bezugspunkt	227
4. Keine Berücksichtigung des Zwecks auf Tatbestandsebene	228
III. Vergleichbarkeit im Anwendungsbereich völkerrechtlicher Verträge	229
1. Kritik an der Rechtsprechung	230
2. Eigene Lösung	233
C. Keine Beschränkung des Anspruchs auf den Vergleichsmaßstab der Inlandsbehandlung	235
Kapitel 6 Rechtfertigung horizontaler Diskriminierungen	239
§ 14 Gleichgewicht und Gegenseitigkeit völkerrechtlicher Abkommen	242
A. Der Reziprozitätsgedanke im Völkerrecht	243

B. Kollision zwischen Völkerrecht und Unionsrecht	244
I. Das Reziprozitätsargument in vertikalen Konstellationen	244
1. Externe Abkommen	245
2. Interne Abkommen	249
3. Diskussion und Zwischenergebnis	250
II. Das Reziprozitätsargument in horizontalen Konstellationen	252
III. Diskussion	254
§ 15 Integrationsfördernde Zielsetzung	259
A. Integrationsförderung in der Rechtsprechung zu horizontalen Diskriminierungen	259
B. Integrationsförderung als legitimer Zweck	261
C. Gefährdung des Systems zur Vermeidung der Doppelbesteuerung im Binnenmarkt	262
§ 16 Spezifisch steuerrechtliche Rechtfertigungsgründe	265
A. Bekämpfung der Steuerflucht und missbräuchlicher Praktiken	265
B. Kohärenz der Steuersysteme	267
C. Untragbare fiskalische Folgen	269
Kapitel 7 Zusammenfassung	271
Literaturverzeichnis	277

Kapitel 1

Einführung

Das Prinzip der Nichtdiskriminierung ist ein Grundprinzip der europäischen Integration. Es durchwirkt das gesamte Recht der Union und realisiert sich im Binnenmarktrecht insbesondere in den Grundfreiheiten und den Unionsbürgerrechten. Die binnenmarktrechtlichen Diskriminierungsverbote werden klassisch als Verbot fremdenrechtlicher Maßnahmen der Mitgliedstaaten verstanden. Das bedeutet: Auslandssachverhalte (Sachverhalte mit einem grenzüberschreitenden Element) dürfen gegenüber Inlandssachverhalten (Sachverhalte ohne grenzüberschreitendes Element) nicht nachteilig behandelt werden. Die Grundfreiheiten beispielsweise untersagen es den Mitgliedstaaten, Waren, Dienstleistungen, Personen und Kapital anderer Mitgliedstaaten ohne sachlichen Grund schlechter zu behandeln als vergleichbare inländische. Die Behandlung der inländischen Personen und Produkte setzt den Maßstab für das Diskriminierungsverbot, weshalb dieser Behandlungsstandard auch Inländerbehandlung genannt wird.

Diese Ausprägung der Grundfreiheiten ist im Binnenmarktrecht lange etabliert und durch Rechtsprechung und Literatur dogmatisch ausgearbeitet. Die vorliegende Arbeit betrachtet jedoch eine andere Dimension der binnenmarktrechtlichen Diskriminierungsverbote. Verpflichtet das binnenmarktrechtliche Prinzip der Nichtdiskriminierung die Mitgliedstaaten auch zur Gleichbehandlung von Auslandssachverhalten? Darf ein Mitgliedstaat zwischen Waren, Personen, Dienstleistungen oder Kapital verschiedener anderer Staaten differenzieren? Darf zum Beispiel Belgien polnische Arbeitnehmer besser behandeln als deutsche Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Lage? Die Antworten auf diese Fragen sind bislang durch die Rechtsprechung des EuGH nicht geklärt und in der Literatur hoch umstritten.

Das mag überraschen. Das zentrale Integrationsinstrument des Binnenmarkts ist schließlich die Schaffung einheitlichen Rechts. Die unterschiedliche Behandlung ausländischer Sachverhalte durch einen Mitgliedstaat schafft hingegen unterschiedliche Bedingungen für die wirtschaftliche Tätigkeit in den verschiedenen Mitgliedstaaten. Sie führt damit zu einer Fragmentierung des Rechts im Binnenmarkt, die mit dem Ziel eines einheitlichen Binnenmarkts in Konflikt steht. Dennoch urteilte der EuGH in sol-

chen Fällen bisher sehr zurückhaltend. Die Literaturmeinungen sind geteilt. Horizontale Ungleichbehandlungen sind häufig die Folge einer engeren regionalen Integration zwischen den Mitgliedstaaten, die die gegenseitige Einräumung von Vorteilen für die Angehörigen der beteiligten Staaten vereinbaren. Damit wird die Ausübung der Grundfreiheiten bilateral erleichtert, worin manche die mitgliedstaatliche Verwirklichung des europäischen Integrationsauftrags sehen. Diese geht jedoch zulasten der binnenmarktrechten Rechtseinheit und steht damit grundsätzlich im Konflikt zum Binnenmarktziel. Im europäischen Steuerrecht – bisheriger Hauptschauplatz des juristischen Diskurses – kommen die eingeschränkte EU-Kompetenz und eine daraus resultierende zurückhaltende Grundfreiheitenprüfung des EuGH hinzu. Einige Literaturstimmen lehnen ein horizontales Diskriminierungsverbot ab, weil sie eine Umgehung mitgliedstaatlicher Souveränität und eine Harmonisierung „durch die Hintertür“ befürchten. In diesem Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftlicher Integration und Föderalität des Binnenmarkts bewegt sich die vorliegende Untersuchung der Grundfreiheiten als Rechtsgrundlage für ein Verbot horizontaler Diskriminierungen im Binnenmarkt.

Die Diskussion um ein horizontales Diskriminierungsverbot fand ihren Höhepunkt in den 2000er Jahren, in denen der EuGH in den Urteilen *D* und *Test Claimants* einen Grundfreiheitenverstoß durch horizontal diskriminierende Doppelbesteuerungsabkommen ablehnte¹ und damit einen heftigen Diskurs im europäischen Steuerrecht auslöste.² Trotz neuerer Rechtsprechung aus den letzten Jahren, die eine Neubewertung der Rechtslage durchaus rechtfertigen würde, wurde die Frage horizontaler Diskriminierungen in den letzten zehn Jahren jedoch kaum noch diskutiert. Eine reichsübergreifende dogmatische Aufarbeitung aus binnenmarktrechtlicher Sicht, die auch Bereiche außerhalb des Steuerrechts betrachtet, fehlt bisher komplett.

Diese Lücken möchte die vorliegende Arbeit schließen. Sie legt ihren Fokus auf die binnenmarktrechtliche Perspektive und die dogmatischen Fra-

1 *EuGH*, Urt. v. 5.07.2005 – Rs. C-376/03, D; *EuGH*, Urt. v. 12.12.2006 – Rs. C-374/04, *Test Claimants*.

2 Darunter neben umfangreicher Aufsatzliteratur vier Dissertationen, vgl. *Häger*, Meistbegünstigung im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, 2008; *Mayer-Theobald*, Non-garden most favoured negotiating, 2008; *Dreesen*, Diskriminierung durch unterschiedlich günstige EG-interne Doppelbesteuerungsabkommen und gemeinschaftsrechtliche Meistbegünstigungspflicht, 2010; *Schroeder*, Meistbegünstigung im Steuerrecht auf Basis der Grundfreiheiten, 2011.

gen, die sich aus einer Anwendung der Grundfreiheiten als horizontale Diskriminierungsverbote ergeben. Dazu werden zunächst die begrifflichen und die binnenmarktrechtlichen Grundlagen der Untersuchung geklärt (Kapitel 2), um anschließend einen Überblick über die Betroffenheit der Grundfreiheiten durch horizontale Diskriminierungen aus Sicht der Rechtsprechung und Literatur zu geben (Kapitel 3). Bereits diese überblicksartige Analyse zeigt, dass bisher weder die Rechtsprechung noch die Literatur die Frage nach einem Verbot horizontaler Diskriminierungen erschöpfend beantworten können. In den folgenden Kapiteln werden daher Anwendbarkeit auf (Kapitel 4), Beschränkung durch (Kapitel 5) und Rechtfertigung von (Kapitel 6) horizontal diskriminierenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten dogmatisch untersucht, wobei der Schwerpunkt der Arbeit auf den Beschränkungstatbestand gelegt wird. Mittels einer umfangreichen Auslegung der Grundfreiheiten wird herausgearbeitet, dass diese auch horizontale Ungleichbehandlungen untersagen. Anschließend wird die Adressatenschaft der Mitgliedstaaten bei horizontalen Ungleichbehandlungen beleuchtet, bevor sich die Arbeit mit der horizontalen Vergleichbarkeit einem weiteren dogmatischen Schwerpunkt widmet. Dazu wird der erratischen Rechtsprechung des EuGH eine normzweckorientierte Vergleichbarkeitsprüfung gegenübergestellt. Im Rahmen der Rechtfertigung werden abschließend mögliche Rechtfertigungsgründe für horizontale Diskriminierungen überblicksartig dargestellt, wobei insbesondere die Rechtfertigungsgründe der Reziprozität völkerrechtlicher Abkommen und der integrationsfördernden Zielsetzung horizontaler Diskriminierungen betrachtet werden. Die Ergebnisse der Untersuchung werden schließlich zum Ende der Untersuchung zusammengefasst (Kapitel 7).

Kapitel 2

Grundlagen der Untersuchung

In diesem Kapitel werden die Grundlagen der Untersuchung gelegt. Zunächst müssen die Begriffe geklärt werden, mit denen gearbeitet wird (§ 1). Es folgt eine kurze Einführung in die Ursachen horizontaler Ungleichbehandlungen im Binnenmarkt (§ 2), bevor die Grundfreiheiten als binnenmarktrechtliche Anknüpfungspunkte für ein Diskriminierungsverbot zwischen Auslandssachverhalten herausgearbeitet werden (§ 3). Schließlich wird der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung konkretisiert, die sich im Spannungsfeld zwischen Marktintegration und mitgliedstaatlicher Souveränität bewegt (§ 4).

§ 1 Terminologie

Die Untersuchung befasst sich mit dem grundfreiheitlichen Verbot der Ungleichbehandlung von Auslandssachverhalten. Im Unionsrecht hat sich für dieses Verbot noch keine Bezeichnung oder Definition durchgesetzt. Teile der Literatur sowie Generalanwältinnen behelfen sich deshalb damit, auf den aus dem Völkerrecht stammenden Begriff der „Meistbegünstigung“ zurückzugreifen. Der EuGH verwendet hingegen keine besondere Bezeichnung für diese Konstellationen. Die vorliegende Untersuchung arbeitet mit dem Begriff horizontales Diskriminierungsverbot (A). Der Begriff der Meistbegünstigung bleibt für das völkerrechtliche Institut reserviert. Durch die Verwendung verschiedener Begriffe sollen die Unterschiede (B) zwischen dem völkerrechtlichen und dem vorliegend untersuchten, binnenmarktrechtlichen Institut verdeutlicht werden.

A. Horizontale Diskriminierung und horizontales Diskriminierungsverbot

Aus binnenmarktrechtlicher Sicht handelt es sich beim Untersuchungsgegenstand der Arbeit um ein Diskriminierungsverbot.³ Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁴ und der herrschenden Auffassung der Literatur⁵ liegt eine Diskriminierung vor, „wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleichartige Situationen angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird“⁶. Die Grundfreiheiten untersagen dabei nicht alle Ungleichbehandlungen, sondern knüpfen als spezielle Diskriminierungsverbote am Merkmal der Staatsangehörigkeit bzw. der Produktherkunft an.⁷

Der grundfreiheitliche Diskriminierungsbegriff⁸ umfasst grundsätzlich zwei Elemente, die für das Vorliegen einer Diskriminierung gegeben sein müssen: vergleichbare Sachverhalte und die Ungleichbehandlung dieser

3 Tietje, EuR 1995, 398 (406 ff.); Cordewener/Reimer, European Taxation 2006, 291 (300); Scholz, Besteuerung der betrieblichen Altersversorgung in Europa, 2006, S. 162.

4 Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit *EuGH*, Urt. v. 14.02.1995 – Rs. C-279/93, Schumacker, Rn. 30; *EuGH*, Urt. v. 15.05.2008 – Rs. C-276/07, Nancy Delay, Rn. 19; für die Niederlassungsfreiheit *EuGH*, Urt. v. 11.08.1995 – Rs. C-80/94, Wielockx, Rn. 17; *EuGH*, Urt. v. 22.12.2008 – Rs. C-282/07, Truck Center; Rn. 36; für die Dienstleistungsfreiheit *EuGH*, Urt. v. 07.05.1998 – Rs. C-390/96, Lease Plan Luxembourg, Rn. 34; für die Kapitalverkehrsfreiheit *EuGH*, Urt. v. 5.07.2005 – Rs. C-376/03, D, Rn. 25 ff.

5 h.M. vgl. Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 49 AEUV, Rn. 42; Röss/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Mai 2021, 73. EL, Art. 65 AEUV, Rn. 231; auch bereits Feige, Der Gleichheitssatz im Recht der EWG, 1973, S. 190; Mohn, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, 1990, S. 47; Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 23; a. A. hingegen Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 270 f., der die Ungleichbehandlung von Gleichem aus dem grundfreiheitlichen Diskriminierungskonzept ausnehmen will, ebenso Mühl, Diskriminierung und Beschränkung, 2004, S. 76.

6 *EuGH*, Urt. v. 11.08.1995 – Rs. C-80/94, Wielockx, Rn. 17.

7 Vgl. die Ausführungen unter Kapitel 5 § 11 B.I.1, S. 108 ff.

8 Es wird davon ausgegangen, dass den Grundfreiheiten ein einheitlicher Diskriminierungsbegriff zugrunde liegt; davon scheint auch der EuGH auszugehen, beispielsweise zitiert er für die Definition des Diskriminierungsbegriffs in *Elshani* im freien Warenverkehr die Diskriminierungsdefinition der Entscheidung *Truck Center* für die Niederlassungsfreiheit, wo wiederum auf die Definition in *Schumacker* im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit verwiesen wird, vgl. *EuGH*, Urt. v. 02.04.2009 – Rs. C-459/07, *Elshani*, Rn. 37; *EuGH*, Urt. v. 22.12.2008 – Rs. C-282/07, *Truck Center*, Rn. 36; *EuGH*, Urt. v. 14.02.1995 – Rs. C-279/93, *Schumacker*, Rn. 30; zur Konvergenz der Grundfreiheiten vgl. *Behrens*, EuR 1992, 145; *Streinz*, in: *Arndt*, FS Rudolf 2001; *Behrens*, EuR 1992, 145; *Steinberg*, EuGRZ 2002, 13.

Sachverhalte aufgrund eines verbotenen Differenzierungskriteriums.⁹ Zur Beurteilung, ob eine Diskriminierung vorliegt, müssen Vergleichsgruppen gebildet werden. Im Bereich der Grundfreiheiten bilden diese Vergleichsgruppen traditionell ein Auslandssachverhalt und ein vergleichbarer Inlandssachverhalt. Vergleichsmaßstab für die aus den Grundfreiheiten berechnete ausländische Person ist damit, vereinfacht gesagt,¹⁰ die Behandlung einer inländischen Person in einer vergleichbaren Lage. Diese Ausprägung des Diskriminierungsverbots wird daher auch als Gebot der Inländerbehandlung bezeichnet.¹¹

Das vorliegend untersuchte Diskriminierungsverbot für Auslandssachverhalte nimmt eine andere Vergleichsgruppenbildung vor. Ein Auslandssachverhalt wird nicht mit einem Inlandssachverhalt, sondern mit einem anderen Auslandssachverhalt verglichen. Vergleichsmaßstab für die aus den Grundfreiheiten berechnete ausländische Person ist damit, vereinfacht gesagt,¹² die Behandlung einer anderen ausländischen Person in einer vergleichbaren Lage.¹³ Für diese Ausprägung des Diskriminierungsverbots hat sich im Binnenmarktrecht noch keine Bezeichnung durchgesetzt. Die vor-

9 Die Gleichbehandlung nicht vergleichbarer Sachverhalte spielt im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten nur eine untergeordnete Rolle und wird daher im Folgenden nicht behandelt.

10 Diese Definition gilt für den Standardfall der Marktzugangskonstellation, in der eine gebietsfremde (ausländische) Person die gleiche Behandlung wie eine gebietsansässige (inländische) Person in einer vergleichbaren Lage begehrt. Daneben gibt es Marktaustragungskonstellationen, in denen es um die Gleichbehandlung einer gebietsansässigen Person, die nicht grenzüberschreitend tätig ist, mit einer anderen gebietsansässigen Person in einer vergleichbaren Lage geht, die grenzüberschreitend tätig ist.

11 Vgl. z. B. *Tiedje*, in: *Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, 2015, Art. 49 AEUV, Rn. 72 f.; *Müller-Graff*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 2018, Art. 49 AEUV, Rn. 42; *Schneider/Wunderlich*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar, 2019, Art. 45 AEUV, Rn. 34 ff.

12 Diese Definition gilt für den Standardfall der Marktzugangskonstellation, in der eine gebietsfremde Person die gleiche Behandlung begehrt wie eine in einem anderen Staat ansässige gebietsfremde Person in einer vergleichbaren Lage. Daneben gibt es Marktaustragungskonstellationen, in denen es um die Gleichbehandlung einer gebietsansässigen Person, die grenzüberschreitend tätig ist, mit einer anderen gebietsansässigen Person in einer vergleichbaren Lage geht, die in einem anderen Staat grenzüberschreitend tätig ist.

13 Man könnte deshalb auch von Ausländer(gleich)behandlung(spflicht) sprechen, so z. B. *Mayer-Theobald*, Non-garden most favoured negotiating, 2008, S. 68 ff.; *Dreesen*, Diskriminierung durch unterschiedlich günstige EG-interne Doppelbesteuerungsabkommen und gemeinschaftsrechtliche Meistbegünstigungspflicht, 2010, S. 125 ff.; *Michl*, in: *Pechstein/Nowak/Häde*, Frankfurter Kommentar, 2017, Art. 18 AEUV, Rn. 11 ff.

liegende Untersuchung arbeitet mit den Begriffen vertikale und horizontale Diskriminierung bzw. vertikales und horizontales Diskriminierungsverbot.¹⁴ Diese Bezeichnungen etablieren sich derzeit insbesondere in der jüngeren englischsprachigen Literatur, setzen sich jedoch zunehmend auch im deutschsprachigen Gebrauch durch.¹⁵ Die Begriffe sind wie folgt zu verstehen:

- Vertikale Diskriminierung: die benachteiligende Ungleichbehandlung eines Auslandssachverhalts gegenüber einem vergleichbaren Inlandssachverhalt.
- Vertikales Diskriminierungsverbot: Verbot der Schlechterbehandlung von Auslandssachverhalten gegenüber vergleichbaren Inlandssachverhalten („Gebot der Inländergleichbehandlung“).
- Horizontale Diskriminierung: die benachteiligende Ungleichbehandlung eines Auslandssachverhalts gegenüber einem vergleichbaren anderen Auslandssachverhalt.
- Horizontales Diskriminierungsverbot: Verbot der benachteiligenden Ungleichbehandlung eines Auslandssachverhalts gegenüber einem vergleichbaren anderen Auslandssachverhalt.

B. Abgrenzung zur völkerrechtlichen Meistbegünstigung

Ein Großteil der Literatur diskutiert die Frage, ob die Grundfreiheiten horizontale Diskriminierungen verbieten, unter dem Stichwort (europäi-

14 Nicht zu verwechseln mit der sog. horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten, die die Bindung Privater an die Grundfreiheiten meint, vgl. *Müller-Graff*, EuR 2014, 3.

15 Von *horizontal discrimination* sprechen beispielsweise *Kofler/Schindler*, *European Taxation* 2005, 530; *Cordewener/Reimer*, *European Taxation* 2006, 291 (300); *van den Hurk/Korving*, *IBFD* 2006, 365; *Calderón/Baez*, *Intertax* 2009, 212; *Englisch*, *Intertax* 2010, 197 (213); *Groot*, *Intertax* 2014, 405; *Meussen*, *ET* 2014, 322; *Kemmeren*, *EC Tax Review* 2015, 178; *Kofler*, in: *Jochum/Essers/Lang* u. a., *FS Mössner* 2016, S. 187 ff.; *CFE ECJ Task Force*, *ET* 2016, 94; *Szczepánski*, *ET* 2016, 381; *Helminen*, *EU Tax Law*, 2017 nutzt den Begriff *horizontal discrimination* auch für das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV; im deutschen Sprachraum wird die Terminologie vereinzelt bereits aufgegriffen, vgl. z.B. *Kofler*, *ÖStZ* 2005, 432; *Gerstenberg*, *EuZW* 2018, 448; teilweise *Häger*, *Meistbegünstigung im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*, 2008, S. 195; für die völkerrechtliche Meistbegünstigung z.B. auch *Weiß*, in: *Weiß/Ohler/Bungenberg*, *Welthandelsrecht*, 3. Aufl. 2022, § 10, Rn. 378.

sche) Meistbegünstigung.¹⁶ Auch vor dem EuGH wurde dieser Begriff in mündlichen Verhandlungen und in Schlussanträgen schon gebraucht.¹⁷ Das mag einerseits daran liegen, dass es im Unionsrecht bislang weder einen eigenen Begriff für diese Form eines Diskriminierungsverbots noch eine entsprechende Rechtspraxis gibt. Andererseits wird und wurde die Diskussion überwiegend im internationalen und europäischen Steuerrecht geführt. Dieses ist stark völkerrechtlich geprägt und bedient sich daher naturgemäß völkerrechtlicher Begriffe. Das Meistbegünstigungsprinzip ist ein völkerrechtlich fest etablierter Rechtsgrundsatz (I). Es weist insbesondere hinsichtlich seiner Zielsetzung Ähnlichkeiten mit dem hier untersuchten horizontalen Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten auf. Allerdings überwiegen doch die strukturellen und dogmatischen Unterschiede der beiden Rechtsinstitute (II), so dass die Verwendung unterschiedlicher Begriffe angezeigt erscheint.

I. Völkerrechtliche Meistbegünstigung

Die Meistbegünstigung ist eines der ältesten welthandelsrechtlichen Prinzipien. Der Begriff beschreibt ein völkerrechtlich fest etabliertes Rechtsinstitut: Unter Meistbegünstigung versteht man die Pflicht eines Staates, in seinen Rechtsetzungs- und Verwaltungsmaßnahmen einen anderen Staat so

16 Vgl. z. B. *Tietje*, EuR 1995, 398; *Schuch*, SWI 1996, 267; *Hofbauer*, SWI 2004, 586; *Gosch*, BFH-PR 2005, 390; *Rödter/Schönfeld*, IStR 2005, 523; *Cordewener*, in: *Cordewener/Enchelmaier/Schindler*, Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten 2006, S. 123 ff.; *Enchelmaier*, in: *Cordewener/Enchelmaier/Schindler*, Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten 2006, S. 93 ff.; *Hofbauer*, IStR, 667; *Hofbauer*, in: *Lang/Schuch/Staringer*, Diskriminierungsverbote im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen 2006, S. 289 ff.; *Schuch*, in: *Cordewener/Enchelmaier/Schindler*, Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten 2006; *Sørensen*, Legal Issues of Economic Integration 2007, 315; *Häger*, Meistbegünstigung im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, 2008; *Dreesen*, Diskriminierung durch unterschiedlich günstige EG-interne Doppelbesteuerungsabkommen und gemeinschaftsrechtliche Meistbegünstigungspflicht, 2010; *Schroeder*, Meistbegünstigung im Steuerrecht auf Basis der Grundfreiheiten, 2011.

17 In der mündlichen Verhandlung zur Rs. *Schumacker* durch den berichterstattenden Richter, vgl. *Rädler*, FR 1994, 705; vgl. sonst Generalanwalt *Colomer*, Schl. v. 26.10.2004 – Rs. C-376/03, D, Rz. 90; Generalanwalt *Bot*, Schl. v. 03.07.2007 – Rs. C-194/06, Orange European Smallcap Fund, Rz. 61; Generalwältin *Kokott*, Schl. v. 12.04.2016 – Rs. C-176/15, Riskin und Timmermans, Rz. 45; Generalanwalt *Wathelet*, Schl. v. 19.09.2017 – Rs. C-284/16, Achmea, Rz. 71 f.

zu behandeln, wie es der günstigsten (besten) Behandlung entspricht, die er irgendeinem dritten Staat unter gleichen Voraussetzungen zukommen lässt.¹⁸ Sie wird in völkerrechtlichen Verträgen in Form einer Meistbegünstigungsklausel vereinbart. Für den zur Meistbegünstigung verpflichteten Staat wird eine horizontale Gleichbehandlungspflicht für ausländische Personen oder Produkte, typischerweise Waren, Dienstleistungen, Schiffe oder Kapital begründet.¹⁹ Anders ausgedrückt: Der verpflichtete Staat darf Personen oder Produkte des begünstigten Staates im Vergleich zu Personen oder Produkten anderer Staaten nicht schlechter behandeln.²⁰

Meistbegünstigungsklauseln werden in Freundschafts-, Handels- und Friedensverträgen seit dem hohen Mittelalter vereinbart²¹ und manchmal sogar als „golden rule of commercial policy“²² und „ungeschriebene Verfassung der Weltwirtschaft“²³ bezeichnet. Auch im modernen Völkerrecht spielt sie eine wichtige Rolle.²⁴ Man findet sie zum Beispiel in den drei großen WTO-Vertragswerken GATT, GATS und TRIPS, aber auch in anderen regionalen Vertragswerken wie dem NAFTA.

Die Meistbegünstigungsverpflichtung in den WTO-Vertragswerken dient der Umsetzung der wesentlichen Ziele der Organisation: Liberalisierung des Welthandels durch Abbau von Handelsschranken und Nichtdiskriminierung im internationalen Handelsverkehr. Durch die Gleichbehandlung der Angehörigen und Produkte aller WTO-Staaten soll ein unverfälschter

18 *Bosch*, Meistbegünstigung und Staatshandel, 1971, S.15; *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, 2. Aufl. 2010, S.240; *Hofbauer*, IStR, 667 (667 f.); *Strupp/Schlochauer*, Wörterbuch des Völkerrechts Teil 2, 1961, S.497; *Tietje*, EuR 1995, 398 (399); *Tietje*, in: *Tietje*, Internationales Wirtschaftsrecht 2009, § 3, Rn. 64; *Kreuter-Kirchhof*, in: *Vitzthum/Proelß*, Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, Rn.19; *Weiß*, in: *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 10, Rn.386; vgl. auch die Definition der International Law Commission.

19 *Kramer*, RIW 1989, 473 (473); vgl. auch *Häger*, Meistbegünstigung im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, 2008, S. 47 f.

20 *Kofler*, Houston Business and Tax Law Journal 2005, 1 (4); *Tietje*, EuR 1995, 398 (399).

21 *Hofbauer*, Das Prinzip der Meistbegünstigung im grenzüberschreitenden Ertragsteuerrecht, 2005, S. 28; *Hyder*, Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law, 1968, S. 23; *Markert*, in: *Schöbener*, Völkerrecht 2014, S. 284; *Niedrist*, Präferenzabkommen im Europarecht und im Welthandelsrecht, 2009, S. 24.

22 *Hyder*, Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law, 1968, S. 23.

23 *Quack*, Probleme der Meistbegünstigung, 1936, S. 7.

24 Vgl. zum prägenden Charakter der Meistbegünstigung für das Welthandelsrecht *Markert*, in: *Schöbener*, Völkerrecht 2014, S. 283; *Kramer*, RIW 1989, 473 (473); *Zinser*, Das GATT und die Meistbegünstigung, 1962, S. 12.

Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten sichergestellt werden, was nach der Theorie des komparativen Kostenvorteils zu einer optimalen Ressourcenallokation und damit zu signifikanten Wohlfahrtsgewinnen führt. Die WTO-Mitgliedstaaten sind grundsätzlich dazu verpflichtet, Handelsvorteile, welche sie irgendeinem anderen Staat gewähren, unmittelbar und ohne weitere Bedingungen allen WTO-Mitgliedstaaten zu gewähren. Die Meistbegünstigung soll zudem einen wichtigen Beitrag zu friedlichen und stabilen Beziehungen zwischen den Vertragsstaaten leisten, indem sie verhindert, dass die durch sie gebundenen Vertragsstaaten willkürliche exekutive Maßnahmen im Außenhandelsbereich treffen und ihre Vertragspartnerinnen gegeneinander ausspielen.²⁵

Der völkerrechtliche Meistbegünstigungsanspruch begründet primär einen Abwehranspruch des begünstigten Staates gegen den verpflichteten Staat auf Unterlassung jeder Benachteiligung im Verhältnis zu Drittstaaten.²⁶ Als mittelbare Wirkung des Abwehranspruchs kann auch ein Leistungsanspruch auf die Gewährung jeden Vorteils, der einem Drittstaat zugestanden wird, entstehen.²⁷ Im Völkerrecht darf nach verbreiteter Ansicht der verpflichtete Staat selbst entscheiden, ob er dem Drittstaat die Vorteile entzieht oder ob er den Vorteil an den begünstigten Staat weitergibt.²⁸ Anspruchsberechtigte sind im Völkerrecht bei vertraglicher Meistbegünstigungsvereinbarung zunächst grundsätzlich nur die Vertragsstaaten, nicht aber Private, da ein völkerrechtlicher Vertrag nur Staaten berechtigen und verpflichten kann. Private können aber aufgrund eines nationalen Umsetzungsgesetzes anspruchsberechtigt sein.

25 Vgl. zu den Funktionen der Meistbegünstigung in der WTO *Stoll/Schorkopf*, WTO-Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, S. 1 und S. 32 f.; *Tietje*, in: *Tietje*, Internationales Wirtschaftsrecht 2009, § 3, Rn. 8, 65; *Weiß*, in: *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 10, Rn. 373 ff.

26 *Hofbauer*, Das Prinzip der Meistbegünstigung im grenzüberschreitenden Ertragsteuerrecht, 2005, S. 23; *Kramer*, RIW 1989, 473 (475); *Strupp/Schlochauer*, Wörterbuch des Völkerrechts Teil 2, 1961, S. 497; *Kreuter-Kirchhof*, in: *Vitzthum/Proelß*, Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, Rn. 19.

27 *Hofbauer*, Das Prinzip der Meistbegünstigung im grenzüberschreitenden Ertragsteuerrecht, 2005, S. 23; *Kramer*, RIW 1989, 473 (475); *Strupp/Schlochauer*, Wörterbuch des Völkerrechts Teil 2, 1961, S. 497.

28 *Bonhoeffer*, Die Meistbegünstigung im modernen Völkerrecht, 1930, S. 6 f.; *Prack*, Die Meistbegünstigungsklausel, 1936, S. 17; *Markert*, in: *Schöbener*, Völkerrecht 2014, S. 284; zum alten Streit über den positiven und negativen Inhalt der Meistbegünstigungspflicht vgl. nur *Bonhoeffer*, Die Meistbegünstigung im modernen Völkerrecht, 1930.

II. Abgrenzung des binnenmarktrechtlichen horizontalen Diskriminierungsverbots zur völkerrechtlichen Meistbegünstigung

Aufgrund der Prominenz der Meistbegünstigung im Weltwirtschaftsrecht überrascht es nicht, dass die Frage nach einer „europäischen Version“ für die EU-Verträge gestellt wird. Die völkerrechtliche Meistbegünstigung und das hier untersuchte horizontale Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten sind allerdings historisch und dogmatisch verschiedene und deshalb auch begrifflich voneinander zu trennende Rechtsinstitute. Wissenschaftliche Arbeiten zum horizontalen Diskriminierungsverbot im Binnenmarktrecht versuchen häufig, das völkerrechtliche Strukturprinzip der Meistbegünstigung unmittelbar auf das Unionsrecht zu übertragen. Dabei wird vergessen, dass Völkerrecht und Unionsrecht unterschiedliche Rechtsordnungen mit eigenen Wesensmerkmalen sind. Das Unionsrecht hebt sich als eigenständige supranationale Rechtsordnung vom restlichen Völkerrecht ab und entwickelt sich dynamisch fort. Die EU unterscheidet sich in der Struktur ihrer vertraglichen Regelungen, ihrer Integrationstiefe und in den verfolgten Zielen von anderen regionalen Wirtschaftsintegrationszonen wie beispielsweise der WTO. Die schlichte Übertragung eines völkerrechtlichen Prinzips mit jahrhundertelanger (völkerrechtlicher) Tradition auf die Rechtsordnung der EU ist daher nicht zielführend.

Ein Verbot der Ungleichbehandlung ausländischer Personen und Produkte darf daher nicht vom Völkerrecht her gedacht werden, sondern muss aus dem Binnenmarktrecht selbst entwickelt werden.²⁹ Dogmatische Unterschiede ergeben sich insbesondere bei Inhalt und Reichweite des völkerrechtlichen und binnenmarktrechtlichen Anspruchs, die durch ihre jeweiligen Rechtsgrundlagen bestimmt werden. Die völkerrechtliche Meistbegünstigung stützt sich immer auf eine ausdrückliche vertragliche Klausel. Diese legt den Anwendungsbereich und die Grenzen des Verbots genau fest. In den EU-Verträgen gibt es keine solche Meistbegünstigungsklausel. Ein entsprechendes Gebot kann nur durch Auslegung anderer Vorschriften wie der Grundfreiheiten abgeleitet werden. Inhalt und strukturelle Ausgestaltung des Gebots, aber auch die Reichweite des Anspruchs werden somit durch die Dogmatik dieser Rechtsgrundlagen determiniert. Hier zeigt sich bereits ein wesentlicher Unterschied: Während die völkerrechtliche Meistbegünstigungsklausel nur die Vertragsstaaten bindet, folgt ein binnenmarktrechtlicher Anspruch direkt aus den unmittelbar anwendbaren

29 So auch u.a. Generalanwalt *Colomer*; Schl. v. 26.10.2004 – Rs. C-376/03, D, Rz. 96.

Grundfreiheiten. Er kann durch die Berechtigten vor nationalen Verwaltungen eingefordert und vor nationalen Gerichten eingeklagt werden.

Generalanwalt *Colomer* wies in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *D* auf einen weiteren dogmatischen Unterschied zwischen der völkerrechtlichen Meistbegünstigung und einem auf den Grundfreiheiten basierenden horizontalen Diskriminierungsverbot hin: die Binnenmarktbezogenheit des letzteren. So führte er aus, „dass die Meistbegünstigung nicht automatisch auf den hier in Frage stehenden Bereich übertragbar erscheint“, weil die Grundfreiheiten den EU-Bürgerinnen Ansprüche nur dann gewähren, wenn dies „für die Verwirklichung des Binnenmarkts erforderlich ist.“³⁰ Da die Grundfreiheiten spezifisch auf die Errichtung des Binnenmarkts verpflichtet sind,³¹ kann ein binnenmarktrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch immer nur dann bestehen, wenn andernfalls der Freiverkehr der Waren, Personen, Dienstleistungen oder des Kapitals im Binnenmarkt beeinträchtigt ist. So weist auch *Colomer* darauf hin, dass ein Anspruch aus der Kapitalverkehrsfreiheit nur dann bestehe, wenn die Maßnahme den freien Kapitalverkehr beeinträchtigt, weil sie ungerechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung von Gebietsansässigen anderer Mitgliedstaaten bewirke. Die Reichweite des binnenmarktrechtlichen Anspruchs ist also eng verknüpft mit der Herstellung des Binnenmarkts. Ein grundfreiheitliches horizontales Diskriminierungsverbot muss demnach der Logik des europäischen Binnenmarktrechts folgen, zu der neben der Liberalisierung der Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalströme noch weitere, komplex ineinander verwobene Grundprinzipien und Leitziele gehören, wie beispielsweise die unmittelbare Anwendbarkeit und der Anwendungsvorrang des Unionsrechts, die föderative Grundstruktur der EU oder auch die Verfolgung von Allgemeinwohlzielen durch EU und Mitgliedstaaten.

30 Generalanwalt *Colomer*, Schl. v. 26.10.2004 – Rs. C-376/03, D, Rz. 96 f.

31 Vgl. zu den Normzwecken der Grundfreiheiten ausführlich Kapitel 5 § 11 C.I, S. 145 ff.